

University of Groningen

## Lsp in het omgevingsrecht en de Awb

Graaf, K.J. de; Komduur, H.A.

*Published in:*  
Tijdschrift voor Omgevingsrecht

**IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.**

*Document Version*  
Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*  
2011

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*  
Graaf, K. J. D., & Komduur, H. A. (2011). Lsp in het omgevingsrecht en de Awb. *Tijdschrift voor Omgevingsrecht*, 2011(1), 13-21.

### Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

### Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

*Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.*

# Artikel

## Lsp in het omgevingsrecht en de Awb

Mr. dr. K.J. de Graaf en H.A. Komduur\*

### 1 Inleiding

Het streven naar onder meer dienstverlening, modernisering en vermindering van bestuurlijke en bureaucratische lasten heeft de afgelopen jaren geleid tot een niet-aflatende stroom van wetwijzigingen.<sup>1</sup> Die stroom van wetgeving werd in het omgevingsrecht niet alleen gekenmerkt door integratie van vergunningstelsels (vergelijk de Waterwet en de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo)) en een verschuiving naar algemene regels (vergelijk het Activiteitenbesluit),<sup>2</sup> maar ook door meer algemene regelgeving die gericht is op het tegengaan van niet tijdig beslissen door bestuursorganen. Sinds 1 oktober 2009 kent de Algemene wet bestuursrecht (Awb) daartoe de nieuwe instrumenten van dwangsom en beroep (par. 4.1.3.2 Awb).<sup>3</sup> Het nieuwste juridische wapen voor het bewerkstelligen van een dienstverlenende, binnen de termijn beslissende overheid is de van rechtswege positieve beschikking bij niet tijdig beslissen, oftewel het stilzwijgend of fictief afgeven van een positieve beschikking. Dat instrument

wordt ook wel aangeduid met de woorden *lex silencio positivo*, oftewel lsp.<sup>4</sup>

Sinds 28 december 2009 kent de Awb een facultatieve, algemene regeling in paragraaf 4.1.3.3 over de positieve fictieve beschikking bij niet tijdig beslissen. Die regeling is ten eerste het gevolg van de implementatie van de Europese Dienstenrichtlijn. Artikel 13 lid 4 van die richtlijn luidt:

‘Bij het uitblijven van een antwoord binnen de overeenkomstig lid 3 vastgestelde of verlengde termijn wordt de vergunning geacht te zijn verleend. Andere regelingen kunnen niettemin worden vastgesteld, wanneer dat gerechtvaardigd is om dwingende redenen van algemeen belang, met inbegrip van een rechtmatig belang van een derde partij.’<sup>5</sup>

De Dienstenwet implementeert de Dienstenrichtlijn en regelt in artikel 28 dat de facultatieve regeling van de Awb van toepassing is op toestemmingsstelsels die onder de Dienstenwet vallen, tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald. De regeling in de Awb is ten tweede het gevolg van het beleid van de regering en de wens van de Tweede Kamer om de *lex silencio positivo* vaker te gaan toepassen. Het ligt dan voor de hand om een aantal algemene aspecten die telkens geregeld zou-

13

\* Mr. dr. K.J. (Kars) de Graaf is verbonden aan de vakgroep Bestuursrecht en Bestuurskunde van de Rijksuniversiteit Groningen als universitair hoofddocent. H.A. (Hilde) Komduur is verbonden aan de vakgroep Bestuursrecht en Bestuurskunde van de Rijksuniversiteit Groningen als student-assistent.

1. Vgl. F.A.G. Groothuijse, Wetgevingscongestie in het omgevingsrecht: overdaad schaadt?, TO 2009/4, p. 153-155; zie ook J. Struiksma, Moratorium op omgevingswetgeving dringend gewenst, TBR 2010/12, p. 88-91.  
2. Zie voor een startpunt de bekende Herijkingsbrief: Kamerstukken II 2003/04, 29 200 XI, nr. 7, p. 12-15 en daarover J.H.G. van den Broek, De Kroonjuwelen van VROM, NJB 2005/11, p. 578-584.  
3. Zie daarover R. Stijnen, Wet dwangsom en beroep bij niet tijdig beslissen (I), NJB 2010, p. 65-70; R. Stijnen, Wet dwangsom en beroep bij niet tijdig beslissen (II), NJB 2010, p. 468-474.

4. Zie daarover recent M.J. Jacobs, Lsp in de Awb, in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 627-653; M.J. Jacobs, *Lex silencio positivo*, TvC 2010/1, p. 80-86; A. Knook, De van rechtswege verleende vergunning in de praktijk, NTB 2010/6, p. 147-153; B. de Kam, De vergunning van rechtswege en standaardvoorschriften, Gst. (2010) 7344, p. 107. Eerder al W. Konijnenbelt, De WZST-vergunning. Van fictieve vergunningverlening naar *lex silencio positivo*, NTB 2007/10, p. 387-388; K. van Duyvendijk, Wie zwijgt stemt toe. Problemen rond de fictieve vergunningverlening, NTB 1988/2, p. 37-44.  
5. Richtlijn 2006/123/EG van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (PbEU L 376), die op 27 december 2009 moest zijn omgezet. Zie ook overweging 63 bij deze richtlijn.

den moeten worden als de *lex silencio positivo* van toepassing zou worden verklaard, in de Awb te regelen. Het idee is om voor zo veel mogelijk toestemmingsstelsels de *lex silencio positivo* toe te passen.<sup>6</sup> Uitgezonderd worden louter situaties waarin de uniforme openbare voorbereidingsprocedure van afdeling 3.4 Awb van toepassing is of waarin strijd zou ontstaan met Europese regelgeving, internationale regelgeving en/of verdragen.<sup>7</sup>

Op de keper beschouwd houdt de *lex silencio positivo* in dat enkel door termijnoverschrijding een aangevraagde toestemming wordt geacht te zijn verleend. Aan de schending van een formeel voorschrift over de beslistermijn kent het recht in dat geval een materieelrechtelijk rechtsgevolg toe. Opmerkelijk is vooral dat de wetgever het blijkbaar aan de ene kant noodzakelijk acht een toestemmingsstelsel in het leven te roepen waardoor ter bescherming van specifieke algemene belangen steeds per geval wordt gezien of een toestemming – al dan niet onder het stellen van voorschriften – verleend kan worden, terwijl aan de andere kant enkel het overschrijden van de beslistermijn tot gevolg heeft dat de toestemming is verleend.<sup>8</sup> Daarnaast kan worden gesteld dat bij de van rechtswege verleende toestemming geen sprake kan zijn geweest van een zorgvuldige voorbereiding, omdat een – eventueel vereiste – belangenafweging en een deugdelijke motivering ontbreken, zodat elk daartegen gericht beroep een goede kans van slagen heeft. En dan hebben we het nog niet over de problemen die kunnen rijzen over het in werking treden, het bekendmaken en het aanwenden van rechtsmiddelen tegen een van rechtswege gegeven beschikking. De verklaring voor de populariteit van de rechtsfiguur bij regering en Tweede Kamer moet dan ook voornamelijk worden gezocht in de wens een hardnekkig probleem – het niet tijdig beslissen door bestuursorganen – aan te pakken. Gezien de belangen die daarbij spelen en de mogelijke juridische complicaties, is de van rechtswege gegeven beschikking een eigenaardige rechtsfiguur. Ook in het omgevingsrecht rukt deze rechtsfiguur echter op en het lijkt niet realistisch om te verwachten dat alleen door invoering ervan bestuursorganen plotseling nooit meer een beslistermijn laten verlopen.<sup>9</sup> Alle reden dus om in te gaan op de betekenis van de positieve fictieve beschikking voor en in het omgevingsrecht.

Het Nederlands recht kende ook voor 28 december 2009 vergunningstelsels waarin een aangevraagde beschikking na afloop van de beslistermijn geacht werd te zijn ver-

leend. Te denken valt vooral aan de bouwvergunning. Problematisch aspect van een dergelijke regeling is met name dat een balans moet worden gevonden tussen het beschermen van de belangen van de aanvrager, de belangen van derden en het algemeen belang ter bescherming waarvan het vergunningstelsel is ingevoerd. Opdat daaruit lering kan worden getrokken, laten wij in paragraaf 2 zien op welke wijze die balans was gevonden in het geval van de bouwvergunning. De vraag die in paragraaf 3 aan de orde is, betreft de reikwijdte van de *lex silencio positivo* in het omgevingsrecht. Voor welke toestemming geldt dat de vergunning van rechtswege verleend kan worden? Vervolgens worden de regeling van de Awb en de daarvan op sommige punten afwijkende regelingen in omgevingsrechtelijke wetten besproken in paragraaf 4. Tot slot volgt de conclusie.

## 2 Over fictieve besluiten vóór 28 december 2009

Tot de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) daar in december 1998 een einde aan maakte,<sup>10</sup> werd bij niet tijdig beslissen op grond van artikel 6:2 onder b Awb – en voorafgaand aan de invoering van de Awb op grond van de Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen (Wet Arob) – gesproken van een *fictieve weigering* als daartegen beroep werd ingesteld. Sinds 1998 geldt als hoofdregel in die situatie dat tegen het ‘niet tijdig beslissen’ kan worden geprocedeerd als louter procedureel middel om het bestuur te bewegen alsnog te beslissen. Sinds 1 oktober 2009 geldt daarenboven de regeling van de Wet dwangsom en beroep bij niet tijdig beslissen, die bepaalt dat – na een schriftelijke ingebrekestelling en het verstrijken van twee weken – enerzijds rechtstreeks beroep op de bestuursrechter openstaat en anderzijds een dwangsom door het bestuursorgaan wordt verbeurd.<sup>11</sup> Die regelingen zijn echter niet relevant als in een bijzondere bestuursrechtelijke wet is neergelegd dat het niet tijdig beslissen door een bestuursorgaan van rechtswege geldt als een weigering of een toewijzing van de aanvraag. De fictieve weigering of de fictieve (positieve) vergunning als sanctie op overschrijding van een beslistermijn is niet nieuw.<sup>12</sup> Voorafgaand aan 28 december 2009 gold een dergelijk systeem in elk geval op grond van artikel 16 lid 5 Monumentenwet 1988, artikel 44 lid 1 Mededingingswet, artikel 39 en 55 Mijnbouwbesluit en zoals al vermeld voor de bouwvergunning op grond van artikel 46 lid 5 Woningwet.<sup>13</sup> Hierna bespreken wij kort enkele juridisch relevante aspecten van de laatstgenoemde regeling.

6. Zie al Kamerstukken II 2005/06, 29 515, nr. 140, p. 31.

7. Zie Kamerstukken II 2007/08, 29 515, nr. 224 en de motie van Van Dijk c.s. Kamerstukken II 2008/09, 31 579, nr. 18.

8. Vgl. voorlichting van de Raad van State van 9 juli 2007, Bijlage bij Kamerstukken II 2007/08, 29 515, nr. 224 (W10.07.0117/II).

9. In de literatuur is wel gesuggereerd dat bestuursorganen geneigd zouden kunnen zijn om de aanvraag buiten behandeling te laten (art. 4:5 Awb), onmiddellijk de beslistermijn te verlengen of simpelweg af te wijzen enkel om de termijn niet te laten verlopen, zie C.M. Saris, *Tijdig beslissen, het doel dichterbij?* (Jonge VAR-reeks 5), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 81 onder verwijzing naar Taskforce Vereenvoudiging Vergunningen, *De lex silencio positivo*, januari 2005, publ. nr. 050104, p. 9. De regering heeft dat ook onderkend, zie Kamerstukken II 2006/07, 30 844, nr. 8, p. 19-20.

10. ABRvS 3 december 1998, AB 1999, 107 m.nt. Michiels.

11. Zie par. 4.1.3.2 Awb (dwangsom) en art. 6:2 onder b, 6:12, 6:20, 7:1 lid 1 onder e en 8:55b t/m 8:55f Awb (beroep bij niet tijdig handelen).

12. Vgl. Van Duyvendijk 1988 (onder verwijzing naar art. 15 lid 2 Monumentenwet 1961).

13. Zie ook M.I.P. Buteijn, *Lex silencio positivo: spreken is zilver, zwijgen is goud... of niet?*, *Jaarboek Bestuursrecht* 2009, p. 234-239.

Artikel 46 lid 5 Woningwet (Wonw) bepaalde voor 1 oktober 2010 dat de bouwvergunning van rechtswege verleend is en de aanvrager het recht heeft om het aangevraagde te bouwen als burgemeester en wethouders niet binnen de termijn beslissen op een bouwaanvraag, tenzij die aanvraag in strijd is met – kort gezegd – het planologische regime. Teneinde aan derden informatie te verschaffen over bouwaanvragen moest van elke bouwaanvraag kennis worden gegeven (art. 41 Wonw oud) en als de bouwvergunning van rechtswege was verleend, moest dat in het openbaar register worden ingeschreven (art. 57 Wonw oud). Buren dienden binnen twee weken na de verlening van de van rechtswege verleende bouwvergunning schriftelijk in kennis te worden gesteld van de verlening (art. 58 Wonw oud). Omdat aan het vereiste van schriftelijkheid niet kan worden voldaan, was expliciet bepaald dat de van rechtswege verleende bouwvergunning een besluit is in de zin van artikel 1:3 Awb.

Net als eventuele derden wist de aanvrager in voorkomend geval doorgaans niet (zeker) waar hij aan toe was.<sup>14</sup> Vaak was onderwerp van geschil in procedures bij de Afdeling de vraag of sprake was van een geval waarin het planologische regime zich verzette tegen fictieve vergunningverlening.<sup>15</sup> Ook bleek dat behoefte bestond aan een regeling aangaande de bekendmaking van de van rechtswege verleende bouwvergunning.<sup>16</sup> De regels boden de derde weliswaar gelegenheid om tijdig bezwaar en beroep in te stellen tegen de van rechtswege verleende bouwvergunning, maar oplettendheid was dan wel vereist.<sup>17</sup> In een procedure tegen de fictieve bouwvergunning kon vervolgens slechts worden getoetst aan inhoudelijke normen, omdat aan de formele, procedurele normen niet voldaan kon zijn.

Een ander probleem dat met enige regelmaat bij de bestuursrechter speelde, was dat het bevoegd gezag na afloop van de beslistermijn – dus na verlening van de bouwvergunning van rechtswege – toch nog een reël besluit op de aanvraag nam. Voor dergelijke situaties heeft de Afdeling duidelijk gemaakt dat de bevoegdheid om alsnog te beslissen op de aanvraag niet langer bestaat.<sup>18</sup> Hoewel het er even op leek dat een dergelijk te laat genomen reël besluit van rechtswege nietig zou zijn,<sup>19</sup> werd al snel uitgesproken dat sprake is van een

vernietigbaar besluit.<sup>20</sup> Dat levert overigens complicaties op omdat een dergelijk onbevoegd besluit formele rechtskracht kan verkrijgen indien daartegen geen rechtsmiddelen worden aangewend. De Afdeling oordeelt in een dergelijk geval dat een alsnog onbevoegd genomen reël besluit, bijvoorbeeld een weigering van de aangevraagde bouwvergunning, in de plaats treedt van de – mogelijk – eerder van rechtswege verleende bouwvergunning.<sup>21</sup> Deze jurisprudentie lijkt onvoldoende bekend bij de regering gezien op dat punt onjuiste toelichtingen bij de Dienstenwet<sup>22</sup> en het wetsvoorstel Verzamelwet van rechtswege verleende vergunning.<sup>23</sup> In potentie verlamt die jurisprudentie het systeem van de fictieve vergunning. Zo stelt Lam in zijn noot onder de uitspraak van 18 november 2009 dat een en ander op gespannen voet staat met de figuur van de *lex silencio positivo* en met het rechtszekerheidsbeginsel. De jurisprudentie van de Afdeling past echter goed in het systeem van het bestuurs(proces)recht van de Awb, dat eigenlijk geen nietige besluiten kent.<sup>24</sup> De aanvrager dient te procederen tegen een alsnog en onbevoegd genomen besluit dat (aan hem) is bekendgemaakt. Een dergelijk beroep is in alle gevallen gegrond vanwege de onbevoegdheid van het bestuursorgaan, waaraan de bestuursrechter ambtshalve zal toetsen.<sup>25</sup> Desondanks kon de juridische positie van de aanvrager – maar ook die van de derde – niet direct benijdenswaardig worden genoemd. Ook de positie van het bestuursorgaan, dat in de fout ging door niet tijdig te beslissen, maar tevens de opdracht heeft het algemeen belang te dienen en te beschermen, was niet aantrekkelijk. Zo kon het bevoegd gezag niet tegen een van rechtswege verleende bouwvergunning procederen teneinde de gevolgen voor het algemeen belang te mitigeren. Daarnaast was intrekking van een dergelijke bouwvergunning niet op andere gronden mogelijk dan een reël besluit tot bouwvergunningverlening (art. 59 Wonw oud).

Een nieuw in te voeren systeem van fictieve vergunningverlening zou moeten voldoen aan de eisen die daaraan in de Dienstenrichtlijn worden gesteld en daarnaast een balans moeten vinden tussen het beschermen van het belang van de aanvrager, de bescherming van

14. Vgl. P.J.J. van Buuren e.a., *Hoofdpijnen ruimtelijk bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 194.

15. Zie bijv. ABRvS 25 juli 2007, LJN BB0353; ABRvS 20 augustus 2008, LJN BE8868.

16. C.M. Saris, *Tijdig beslissen. Het doel dichtbij met de Wet dwangsom en beroep bij niet tijdig beslissen en de verruiming van de lex silencio positivo?*, Gst. 2008, p. 141-148.

17. Termijnoverschrijding bij het indienen van bezwaar lijkt slechts verschoonbaar in het geval niet is voldaan aan art. 57 en 58 Wonw, zie Vz. ARRvS 25 november 1993, AB 1994, 575, BR 1994, p. 497; Vz. ARRvS 21 oktober 1993, BR 1994, p. 320.

18. Vz. ARRvS 3 juli 1993, AB 1993, 538, BR 1993, p. 604; ABRvS 30 augustus 1999, AB 2000, 16.

19. ABRvS 4 maart 1996, AB 1996, 320 m.nt. Van Buuren; ABRvS 7 februari 1997, AB 1997, 154 m.nt. Van Buuren. Zie ook nog Kamerstukken II 2007/08, 31 579, nr. 3, p. 129.

20. Duidelijk in ABRvS 18 november 2009, AB 2010, 51 m.nt. Lam; zie ook al Van Buuren e.a. 2009, p. 196 (noot 100).

21. Zie ABRvS 18 november 2009, AB 2010, 51 m.nt. Lam; ook al kenbaar in ABRvS 24 december 2002, zaaknr. 200104916/1 en ABRvS 30 juni 2004, zaaknr. 200308016/1.

22. Kamerstukken II 2008/09, 31 579, nr. 3, p. 129.

23. Kamerstukken II 2009/10, 32 454, nr. 3, p. 3.

24. Zie ook expliciet J.C.A. de Poorter, *Bestuursprocesrecht*, NTB 2010/42, p. 280-281.

25. De Afdeling oordeelde overigens in gevallen waarin van rechtswege een bestemmingsplan was goedgekeurd, dat een na de termijn genomen besluit tot onthouding van de goedkeuring *feitelijk* neerkomt op een op grond van art. 10:29 lid 2 Awb verboden intrekking van de goedkeuring, zodat een beroep daartegen steeds gegrond is, zie ABRvS 29 december 2004, JB 2005, 63; ABRvS 20 november 2006, BR 2007, 243 m.nt. Van Etekoven. Van een *juridische* conversie van een reël besluit op de aanvraag naar een intrekking van het fictieve besluit kan naar ons oordeel echter geen sprake zijn. Schijnbaar anders: Jacobs 2010, p. 643. Dat doet vanzelfsprekend niet af aan de eventuele mogelijkheid om daadwerkelijk gebruik te maken van een bevoegdheid om een van rechtswege gegeven besluit in te trekken.

het algemeen belang en de belangen van derden. En tot slot dient de regeling rekening te houden met lessen uit vergelijkbare stelsels. Over het wetgevingsproces dat heeft geleid tot de regeling in de Awb, zij nog vermeld dat de Raad van State op verschillende gronden daarover steeds buitengewoon terughoudend heeft geadviseerd.<sup>26</sup> De wetgever heeft zich echter door de kritiek nauwelijks geremd gevoeld.

### 3 Reikwijdte lsp in het omgevingsrecht

Zoals gesteld kent de Awb sinds 28 december 2009 paragraaf 4.1.3.3 aangaande de positieve fictieve beschikking bij niet tijdig beslissen. Artikel 4:20a Awb regelt dat sprake is van een facultatieve regeling ('nee, tenzij'). Of paragraaf 4.1.3.3 Awb daadwerkelijk van toepassing is op een aangevraagde beschikking, wordt dus niet in de Awb bepaald, maar in een bijzondere wet. In deze paragraaf is aan de orde op welke (aangevraagde) beschikkingen in het omgevingsrecht, de *lex silencio positivo* van toepassing is.

#### Dienstenwet

Allereerst moet te rade worden gegaan bij artikel 28 Dienstenwet, dat de Dienstenrichtlijn implementeert. Het algemene doel van die richtlijn is het verbeteren van de Europese interne dienstenmarkt door de belemmeringen voor het vrije verkeer van diensten en de vrije vestigingsmogelijkheden van dienstverleners weg te nemen.<sup>27</sup> De reikwijdte van de Dienstenwet wordt bepaald door de Dienstenrichtlijn.<sup>28</sup> Artikel 28 Dienstenwet, waarvan de definitieve tekst het gevolg is van een amendement,<sup>29</sup> regelt dwingend dat voor alle toestemmingsstelsels die onder de werking van de Dienstenwet vallen, de *lex silencio positivo* hoofdregel is ('ja, tenzij'). Het in de inleiding geciteerde artikel 13 lid 4 van de Dienstenrichtlijn dwingt lidstaten in beginsel ook ervoor te zorgen dat in hun rechtstelsels wordt voorzien in een systeem van *lex silencio positivo* voor toestemmingen die onder de richtlijn vallen. Omdat niet eenvoudig is vast te stellen welke toestemmingsstelsels, gelet op artikel 1 Dienstenwet maar ook op artikel 4 lid 6 en afdeling 3.1 van de Dienstenrichtlijn,<sup>30</sup> onder de Dienstenwet vallen, zijn in de Regeling indicatieve vaststelling reikwijdte Dienstenwet alle vergunningstelsels en eisen aangewezen waarop de Dienstenwet in elk geval van toepassing is. Daaronder vallen onder andere de

stelsels waarvoor voorafgaand aan 1 oktober 2010 een ontheffing van de provinciale milieuverordening (op grond van art. 1.3 lid 1 Wet milieubeheer (Wm)), een milieuvergunning (art. 8.1 Wm), een melding op grond van artikel 8.19 Wm, een projectbesluit of een ontheffing van het bestemmingsplan op grond van de Wet ruimtelijke ordening (Wro) vereist was.<sup>31</sup>

Voor toestemmingsstelsels waarop de Dienstenwet van toepassing is, geldt dus in beginsel de *lex silencio positivo*, tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald. Artikel 13 lid 4 Dienstenrichtlijn maakt in de tweede volzin duidelijk dat, wanneer dat gerechtvaardigd is om dwingende redenen van algemeen belang waaronder wordt begrepen een rechtmatig belang van een derde, gekozen kan worden voor andere instrumenten ter waarborging van tijdige besluitvorming. Wanneer mag nu worden gekozen voor een ander instrument? Met de term dwingende redenen van openbaar belang wordt verwezen naar de zogenoemde 'rule of reason'-doctrine in de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU). Ingevolge die jurisprudentie zijn er publieke belangen die als zogeheten 'dwingende vereisten' voorrang kunnen hebben op de bepalingen van het vrije (diensten)verkeer. Redelijke maatregelen die noodzakelijk zijn ter bescherming van deze dwingende vereisten worden door het Hof aanvaardbaar geoordeeld. Door het Hof zijn onder andere milieubescherming,<sup>32</sup> openbare orde, volksgezondheid,<sup>33</sup> consumentenbescherming en arbeidsomstandigheden als zodanig aanvaard.

Gelet op artikel 28 Dienstenwet heeft de Nederlandse wetgever ervoor gekozen steeds bij wettelijk voorschrift te moeten bepalen wanneer de *lex silencio positivo* niet van toepassing is op een vergunningstelsel waarop de Dienstenwet wel van toepassing is.<sup>34</sup> Relevant in dat verband zijn de artikelen 65 en 66 Dienstenwet. Ingevolge artikel 65 Dienstenwet is artikel 28 Dienstenwet tot 1 januari 2012 niet van toepassing op vergunningen verleend krachtens de Provinciewet, de Gemeentewet, de Waterschapswet, de Wet gemeenschappelijke regelingen en de Wet op de bedrijfsorganisatie.<sup>35</sup> Ook een belangrijke uitzondering biedt artikel 66 lid 1 Dienstenwet. Bij AMvB worden tot 1 januari 2012 de vergunningstelsels aangewezen waarop paragraaf 4.1.3.3 Awb

26. Zo bestaat bijvoorbeeld naar het oordeel van de Raad onvoldoende empirisch onderzoek naar het functioneren van de fictieve (bouw)vergunningverlening in de praktijk, zie de voorlichting van de Raad van State van 9 juli 2007, Bijlage bij Kamerstukken II 2007/08, 29 515, nr. 224 (W10.07.0117/II).

27. Kamerstukken II 2007/08, 31 579, nr. 3.

28. Zie daarover o.a. R.A.C. Luinge, *Gevolgen Dienstenrichtlijn voor het milieurecht*, M&R 2010/1, p. 2-8.

29. Zie Kamerstukken II 2008/09, 31 579, nr. 14 (amendement Vos/Van Dijk) en nr. 15 (reactie minister EZ).

30. Zie over die reikwijdte ook overweging 9 bij de Dienstenrichtlijn.

31. Deze regeling is nog niet aangepast aan de invoering van de Wabo, aangezien in art. 2 nog verwezen wordt naar het projectbesluit en de ontheffingen op grond van de Wro en ook in de bijlage nog altijd verwezen wordt naar de toestemmingen op grond van de Wm (art. 8.1 en 8.19 Wm).

32. Zie HvJ EG 20 september 1988, zaak 302/86 (Cie. v. Denemarken), ECR 4607.

33. Zie ook overweging 40 bij de Dienstenrichtlijn.

34. Zie in dat verband ook het recente wetsvoorstel Kamerstukken II 2010/11, 32 614.

35. Tot die datum moeten de verordeningen van decentrale overheden bepalen dat voor een bepaald vergunningstelsel de *lex silencio positivo* van toepassing is, tenzij er sprake is van dwingende redenen van openbaar belang. Als daarvan sprake is, moet vanaf 1 januari 2012 worden geregeld dat de *lex silencio positivo* niet van toepassing is. Aldus is voor decentrale overheden en publiekrechtelijke bedrijfsorganisaties een overgangstermijn gecreëerd. Zie Kamerstukken II 2007/08, 31 579, nr. 14; Buteijn 2009, p. 234-239.



niet van toepassing is. Deze AMvB, het Tijdelijk besluit Lex silencio positivo Dienstenrichtlijn (hierna: Tijdelijk besluit),<sup>36</sup> geeft in de Bijlage een opsomming van vergunningstelsels waarop paragraaf 4.1.3.3 Awb niet van toepassing is. In Bijlage A, waarin onder meer de ontheffing van de provinciale milieuverordening (op grond van art. 1.3 lid 1 Wm) is vermeld, is dat gebeurd wegens dwingende redenen van openbaar belang. In Bijlage B, waarin onder andere de vergunning op grond van artikel 6.4 Waterwet is opgenomen, vanwege het Europees recht. Opvallend voor het omgevingsrecht is dat de verklaring op grond van de meldingsplicht van artikel 8.19 Wm (oud) in geen van de bijlagen wordt vermeld. In de nota van toelichting op het Tijdelijk besluit is expliciet aangegeven dat het van rechtswege verlenen van die verklaring mogelijk moet worden geacht.<sup>37</sup>

Van groot belang is vervolgens artikel 1 lid 2 van het Tijdelijk besluit, waarin – in overeenstemming met het beleid – is bepaald dat de lex silencio positivo niet van toepassing is op een aanvraag om een vergunning die valt onder de Dienstenwet en waarop afdeling 3.4 van de Awb van toepassing is verklaard.<sup>38</sup> De wetgever heeft daarvoor gekozen omdat de uniforme openbare voorbereidingsprocedure in het algemeen van toepassing is op ingewikkelde en omstreden onderwerpen, waarbij sprake is van tegengestelde belangen. Expliciete besluitvorming is in deze gevallen van groot belang, omdat er vaak voorschriften aan het besluit moeten worden verbonden ter bescherming van het algemeen belang en de belangen van derden. Bovendien is er met betrekking tot deze besluiten een grote kans dat tegen de van rechtswege gegeven beschikking bij de bestuursrechter wordt opgekomen.<sup>39</sup> Opmerkelijk achten wij het wel dat deze regel niet simpelweg ook in de Awb is opgenomen, aangezien deze algemene gelding lijkt te hebben.<sup>40</sup> Lid 3 van artikel 1 kent overigens een met lid 2 vergelijkbare bepaling voor de aanvraag om een vergunning ingesteld bij een verordening of ter uitvoering van een beschikking als bedoeld in artikel 249 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap.<sup>41</sup>

#### Overige wetgeving

Op dit moment is een wetsvoorstel Verzamelwet van rechtswege verleende vergunning in behandeling bij de Tweede Kamer.<sup>42</sup> Daaraan voorafgaand waren via de Aanpassingswet dienstenrichtlijn vier vergunningstelsels aangepast.<sup>43</sup> Bovendien is of wordt ook via departe-

mentale wetgeving op een aantal terreinen de van rechtswege verleende vergunning ingevoerd.<sup>44</sup>

Voor het omgevingsrecht is relevant dat de Crisis- en herstelwet (Chw) op 31 maart 2010 ingevolge artikel 1.12 juncto Bijlage III de lex silencio positivo van toepassing verklaarde op de aanlegvergunning (art. 3.16 Wro oud). Nu deze op 1 oktober 2010 is geïntegreerd in de omgevingsvergunning, geldt dat de lex silencio positivo wel van toepassing is op aanlegactiviteiten (art. 2.1 lid 1 onder b Wabo), maar niet op grond van de Chw. De reikwijdte van artikel 1.12 Chw is vanwege de in artikel 1.2 Chw geboden mogelijkheid om bij AMvB Bijlage III aan te vullen, echter in potentie zeer ruim. Op dit moment leidt de bepaling echter een slapend bestaan. Voor dit tijdschrift is daarom het meest interessant dat artikel 3.9 van de Wabo sinds 1 oktober 2010 paragraaf 4.1.3.3 Awb, met uitzondering van de artikelen 4:20b lid 3 en 4:20f, van toepassing verklaart op de omgevingsvergunning die met de reguliere procedure moet worden voorbereid. Daaronder vallen alle omgevingsvergunningen die niet op grond van artikel 3.10 lid 1 Wabo met toepassing van afdeling 3.4 Awb moeten worden voorbereid.<sup>45</sup> Op grond van lid 3 van diezelfde bepaling geldt derhalve de lex silencio positivo in elk geval voor de toestemming die voor 1 oktober 2010 bekendstond als de 8.19 Wm-melding. Ook voor onder andere de voormalige bouwvergunning, de aanlegvergunning, de binnenplanse ontheffing van het bestemmingsplan en de ontheffing van een dergelijk plan op grond van een AMvB geldt de lex silencio positivo.

## 4 Uitwerking van de lsp in het omgevingsrecht en de Awb

Uit het vorenstaande blijkt dat het niet in alle gevallen eenvoudig is om vast te stellen of de lex silencio positivo van toepassing is op een bepaald vergunningstelsel. Als de rechtsfiguur van toepassing is, vraagt zowel de rechtszekerheid van de aanvrager en eventuele derden als de bescherming van het algemeen belang aandacht. In deze paragraaf is aan de orde op welke wijze de wetgever zich daarvan rekenschap heeft gegeven in de algemene regeling in de Awb en de aanvullingen en afwijkingen van die regeling in het omgevingsrecht.

Paragraaf 4.1.3.3 Awb, bestaande uit zes bepalingen, geeft de algemene regeling voor de positieve fictieve beschikking bij niet tijdig beslissen. Zo regelt artikel 4:20a Awb dat sprake is van een facultatieve regeling die bij wet van toepassing kan worden verklaard op de aanvraag om een beschikking. Bovendien maakt die bepaling in het tweede lid helder dat niet tegelijkertijd para-

36. Stb. 2009, 571.

37. Deze art. 8.19 Wm-melding is geïntegreerd in de Wabo en wordt voorbereid met de reguliere procedure, waardoor de Wabo expliciet bepaalt dat de verklaring van rechtswege gegeven wordt als niet tijdig – binnen acht weken – is beslist. Zie ook hierna.

38. Een besluit in de zin van art. 3:10 Awb wijzigt dus de reikwijdte van toepassing van de lex silencio positivo.

39. Kamerstukken II 2007/08, 31 579, nr. 3, p. 50.

40. Zie daarover nader K.J. de Graaf, De verhouding Awb-Wabo beoordeeld, NTB 2010/30, p. 181-191 en het recente wetsvoorstel dat voorziet in exact die wijziging in de Awb, Kamerstukken II 2010/11, 32 614.

41. Zie daarover Stb. 2009, 571, p. 11.

42. Kamerstukken II 2009/10, 32 454.

43. Kamerstukken II 2008/09, 31 859; Stb. 2009, 616.

44. Dat alles op grond van het kabinetsbeleid in Kamerstukken II 2007/08, 29 515, nr. 224 en de uitwerking in Kamerstukken II 2007/08, 29 515, nr. 274, welke uitwerking door de regering nog eens bekeken moest worden op grond van de motie Van Dijk c.s., Kamerstukken II 2008/09, 31 579, nr. 18.

45. Zie art. 3.7 Wabo.

graaf 4.1.3.2 Awb – over de dwangsom bij niet tijdig beslissen – van toepassing kan zijn. Artikel 4:20b Awb regelt de daadwerkelijke stilzwijgende verlening van een aangevraagde beschikking. In het eerste lid is bepaald dat een beschikking van rechtswege is gegeven indien niet tijdig is beslist op de aanvraag tot het geven van een beschikking. Het tweede lid regelt expliciet dat een dergelijke van rechtswege gegeven beschikking een besluit is in de zin van artikel 1:3 Awb, zodat daartegen in beginsel op grond van artikel 8:1 Awb beroep openstaat.

### Beslistermijn

Wanneer is sprake van een situatie waarin niet tijdig is beslist? Daarvan is sprake als de algemene regels over beslistermijnen voor beschikkingen (par. 4.1.3.1 Awb) niet worden nageleefd. Artikel 4:13 Awb regelt dat een beschikking moet worden gegeven binnen de bij bijzondere wet bepaalde termijn of, bij het ontbreken van zo'n termijn, binnen een redelijke termijn na ontvangst van de aanvraag. De redelijke termijn wordt geacht te zijn verstreken als acht weken na ontvangst van de aanvraag nog geen beslissing is genomen.<sup>46</sup> De overige bepalingen van paragraaf 4.1.3.1 Awb kunnen ervoor zorgen dat de beslistermijn wordt opgeschort (art. 4:15 Awb) of wordt verlengd (art. 4:14 lid 3 Awb). In de meeste gevallen zal echter een bijzondere wet een termijn geven. Zo dient op grond van artikel 3.9 Wabo op een aanvraag om een omgevingsvergunning waarop de reguliere voorbereidingsprocedure van toepassing is, in beginsel beslist te worden binnen acht weken na de datum van ontvangst van de aanvraag. Aangenomen wordt dat het niet mogelijk is om op de voorbereiding van een dergelijke omgevingsvergunning afdeling 3.4 Awb van toepassing te verklaren door middel van een besluit in de zin van artikel 3:10 Awb.<sup>47</sup> Een besluit tot verlenging van de termijn met maximaal zes weken is op grond van artikel 3.9 lid 2 Wabo wel mogelijk en moet binnen de oorspronkelijke beslistermijn bekend worden gemaakt.<sup>48</sup> Overigens is relevant te vermelden dat het bestuursorgaan verplicht is om een beschikking binnen de termijn te nemen, maar dat enkel het nemen van de beschikking niet volstaat. Ook bekendmaken dient binnen de termijn te geschieden. Als de beslissing niet binnen de termijn is bekendgemaakt, wordt de aangevraagde beschikking van rechtswege gegeven.<sup>49</sup> Uit de in paragraaf 2 behandelde jurisprudentie en de memorie van toelichting bij de

Dienstenwet volgt dat een bestuursorgaan nadien niet langer bevoegd is te beslissen op de aanvraag.<sup>50</sup>

### Inwerkingtreding, bekendmaking en rechtsbescherming

De regel dat een besluit niet in werking treedt dan nadat het is bekendgemaakt (art. 3:40 Awb), is door de wetgever niet geschikt bevonden voor de van rechtswege gegeven beschikking. Bij snelle inwerkingtreding heeft niet alleen de aanvrager belang, maar is ook het met de invoering van *lex silencio positivo* beoogde doel gediend. In het derde lid van artikel 4:20b Awb is daarom in afwijking van artikel 3:40 Awb geregeld dat de van rechtswege gegeven beschikking op de derde dag na afloop van de beslistermijn in werking treedt. Daarvoor is gekozen om te voorkomen dat verwarring ontstaat over de vraag of een van rechtswege gegeven beschikking is ontstaan. Denkbaar is immers dat het bestuursorgaan op de laatste dag van de beslistermijn een reëel besluit heeft genomen en het heeft bekendgemaakt door toezending aan de aanvrager. Artikel 4:20b Awb regelt dat de van rechtswege gegeven beschikking in werking treedt op de derde na afloop van de beslistermijn, ook als deze (nog) niet is bekendgemaakt.<sup>51</sup> De Wabo zondert juist de toepassing van deze bepaling uit in artikel 3.9 lid 3 vanwege de potentieel onomkeerbare gevolgen voor de fysieke leefomgeving en de mogelijke betrokkenheid van de belangen van derden.<sup>52</sup> Daardoor treedt de van rechtswege verleende omgevingsvergunning niet in werking op de derde dag na afloop van de beslistermijn. Ook de in artikel 6.1 Wabo geformuleerde hoofdregel betreffende de inwerkingtreding ('dag na de bekendmaking') is niet van toepassing, omdat in het vierde lid van die bepaling is geregeld dat de werking van een van rechtswege verleende omgevingsvergunning – vanaf de dag na bekendmaking (art. 6.1 lid 1 Wabo) of vanaf de dag na afloop van het indienen van een bezwaarschrift (art. 6.1 lid 2 Wabo) – wordt opgeschort totdat de termijn voor het indienen van een bezwaarschrift is verstreken of, indien bezwaar is gemaakt, op dat bezwaar is beslist.<sup>53</sup> Wel heeft (alleen) de vergunninghouder gedurende de opschorting de mogelijkheid om de voorzieningenrechter van de rechtbank te verzoeken de opschorting op te heffen in een voorlopigevoorzieningsprocedure.

Hoe is de bekendmaking geregeld? De Awb schrijft in artikel 4:20c voor dat het bestuursorgaan de van rechtswege gegeven beschikking binnen twee weken bekendmaakt en dat het daarbij de mededeling doet dat sprake is van een van rechtswege gegeven beschikking.<sup>54</sup> Die bekendmaking is niet alleen relevant voor de kenbaarheid van de beschikking voor zowel aanvrager als der-

46. De Dienstenwet geeft overigens in art. 31 een van art. 4:13 Awb afwijkende regeling (zie ook art. 32 Dienstenwet). Opgemerkt zij dat de in de Awb geregelde beslistermijn voor beschikkingen waarop afdeling 3.4 Awb van toepassing is (verklaard), namelijk zes maanden, weinig relevant is omdat uit het kabinetsbeleid volgt dat in dat geval de *lex silencio positivo* niet van toepassing zou moeten zijn. Art. 1 Tijdelijk besluit en art. 3.9 Wabo zijn in overeenstemming met dat beleid.

47. Zie A.G.A. Nijmeijer, S. Hillegers & T.E.P.A. Lam, *Bouwen en ontwikkelen met de Wabo*, Deventer: Kluwer 2010, p. 83-84.

48. Tegen een dergelijk besluit staat ingevolge art. 6:3 Awb niet direct rechtsbescherming open.

49. Dat is onder meer af te leiden uit ABRvS 4 maart 1996, AB 1996, 320 m.nt. Van Buuren. Zie ook ABRvS 29 december 2004, AB 2005, 199 m.nt. Nijmeijer.

50. Kamerstukken II 2007/08, 31 579, nr. 3, p. 131.

51. Een termijn om tegen de beschikking een rechtsmiddel aan te wenden vangt eerst aan nadat is bekendgemaakt (zie art. 6:8 Awb).

52. Kamerstukken II 2006/07, 30 844, nr. 3, p. 124.

53. Het overzien van de implicaties van art. 6.1 Wabo kan overigens nog behoorlijke hoofdbrekens opleveren.

54. Daardoor zijn derden op de hoogte van enkele inherente juridische gebreken waaraan het besluit zal lijden, zie Kamerstukken II 2007/08, 31 579, nr. 3, p. 132.

den, maar ook als vereiste voor het aanvangen van de termijn om een rechtsmiddel aan te wenden (art. 6:8 Awb). Het is de vraag of een bestuursorgaan dat de beslistermijn laat verstrijken wel bij machte zal blijken tijdig over te gaan tot bekendmaking. Gaat een bestuursorgaan daartoe niet over binnen twee weken, dan regelt artikel 4:20d Awb – kort gesteld – dat de regeling van dwangsom en beroep bij niet tijdig bekendmaken van toepassing is. Dat houdt ten eerste in dat na schriftelijke ingebrekestelling door de aanvrager en het verstrijken van twee weken een dwangsom wordt verbeurd door het bestuursorgaan aan de aanvrager. Daarnaast bestaat voor de belanghebbende de mogelijkheid om op grond van artikel 8:55f Awb beroep in te stellen tegen het niet tijdig bekendmaken van de van rechtswege gegeven beschikking.<sup>55</sup> Net als de regeling van beroep bij niet tijdig beslissen moet overigens wel een schriftelijke ingebrekestelling zijn ontvangen door het bestuursorgaan en moeten twee weken verstreken zijn alvorens het beroep ontvankelijk ingesteld kan worden bij de rechtbank (art. 6:12 Awb). Hoewel uit deze regelgeving blijkt dat het de bedoeling is dat geen bezwaar noodzakelijk is tegen het niet tijdig bekendmaken, blijkt dat naar onze smaak onvoldoende uit het huidige artikel 7:1 lid 1 onder e Awb.<sup>56</sup> Niet onaannemelijk is dat de wetgever terecht heeft aangenomen dat alleen de aanvrager belanghebbende is bij de bekendmaking van een van rechtswege gegeven beschikking, zodat het bestuursorgaan niet door een derde in gebreke gesteld kan worden en deze derde ook geen beroep kan instellen op grond van artikel 8:55f Awb.<sup>57</sup> Ter waarborging van de belangen van de derde schrijft artikel 3.8 Wabo in afwijking van de Awb voor dat van elke aanvraag onverwijld kennis wordt gegeven in één of meer dag-, nieuws- of huis-aan-huisbladen of op een andere geschikte wijze onder vermelding van de datum van ontvangst van de aanvraag. De Wabo kent geen bijzondere of afwijkende bepaling betreffende de bekendmaking. Wel geldt dat van de bekendmaking op gelijke wijze als van de aanvraag onverwijld kennis wordt gegeven (art. 3.9 lid 4 Wabo).

Omdat de van rechtswege gegeven beschikking een beschikking in de zin van artikel 1:3 Awb is, staat daartegen op grond van artikel 8:1 juncto artikel 7:1 Awb in beginsel bezwaar en beroep open. De van rechtswege gegeven beschikking kan wel aan materiële, maar niet

aan formele normen worden getoetst.<sup>58</sup> De termijn om bezwaar te maken vangt aan met ingang van de dag na die waarop het besluit is bekendgemaakt (art. 6:8 Awb). De mogelijkheid bestaat dat het bestuursorgaan een dergelijke beslissing niet bekendmaakt, terwijl de beschikking al wel van rechtswege gegeven is en al in werking is getreden. Op welke wijze kan de derde in een dergelijk geval rechtsbescherming zoeken? In de memorie van toelichting is expliciet gewezen op de mogelijkheid prematuur bezwaar te maken (art. 6:10 Awb) en gedurende die aangehouden bezwaarschriftprocedure een voorlopige voorziening te vragen aan de voorzieningenrechter van de rechtbank.<sup>59</sup>

Tot slot nog een enkel woord over de rechtsbescherming tegen een na afloop van de beslistermijn alsnog genomen en bekendgemaakte reële beschikking. Anders dan Jacobs zijn wij van oordeel dat de nieuwe regeling in paragraaf 4.1.3.3 Awb over de *lex silencio positivo* geen aanleiding biedt om te menen dat de bestuursrechter een andere lijn zal gaan hanteren<sup>60</sup> en uit zal gaan van de nietigheid van het reële besluit. Wij menen dus dat er geen reden is te concluderen dat het niet nodig is om op te komen tegen het te laat en onbevoegd genomen reële besluit.<sup>61</sup> Nietige besluiten kent het bestuurs(proces)recht niet of nauwelijks en er is naar onze mening onvoldoende reden om het bestaan daarvan in deze context aan te nemen. Als de aanvrager na de stilzwijgende verlening van de door hem aangevraagde beschikking wordt geconfronteerd met een aan hem bekendgemaakte, onbevoegd genomen afwijzing van zijn aanvraag, moet het toch wel raar lopen, wil die aanvrager geen bezwaar instellen tegen dat reële besluit. Een dergelijk bezwaar zal gelet op de jurisprudentie steeds gegrond zijn omdat het reële besluit onbevoegd is genomen en dat aspect van het besluit ambtshalve moet worden getoetst. Het niet instellen van beroep leidt er volgens de bestaande jurisprudentie toe dat het onbevoegd genomen en bekendgemaakte besluit formele rechtskracht verkrijgt en in de plaats treedt van de van rechtswege gegeven beschikking. Na invoering van de algemene regeling over de *lex silencio positivo* en de daaraan gerelateerde mogelijkheid om bekendmaking van de van rechtswege verleende beschikking af te dwingen moet wel rekening worden gehouden met het volgende. Wij gaan ervan uit dat, als een van rechtswege gegeven beschikking pas wordt bekendgemaakt *nadat* datzelfde is gebeurd voor een reël (te laat en dus onbevoegd) genomen besluit op de aanvraag, de van rechtswege gegeven beschikking in de plaats treedt van het reële besluit. Het

55. Op dat beroep is afdeling 8.2.4a Awb ('beroep bij niet tijdig handelen') van toepassing. Op een dergelijk (direct) beroep dient binnen acht weken uitspraak te worden gedaan.

56. Daarin is geregeld dat geen bezwaar hoeft te worden gemaakt indien 'het beroep zich richt tegen het niet tijdig nemen van een besluit'. Op dit moment zou een bestuursrechter daaronder mede moeten verstaan: 'het beroep zich richt tegen het niet tijdig bekendmaken van een van rechtswege gegeven beschikking'. Die (wenselijke) interpretatie gaat ons te ver.

57. Kamerstukken II 2007/08, 31 579, nr. 3, p. 135: 'De belanghebbende stelt beroep in tegen het niet tijdig aan hem bekendmaken van een van rechtswege verleende beschikking.' Twijfel daarover is mogelijk (vgl. over art. 6:2b Awb ABRvS 13 juni 2001, AB 2001, 295 m.nt. Michiels en de uitzondering in Vz. ABRvS 18 september 2006, AB 2006, 405 m.nt. Michiels).

58. P.J.J. van Buuren e.a., *Hoofddlijnen ruimtelijk bestuursrecht* (achtste druk), Deventer: Kluwer 2010, p. 201 e.v.

59. Kamerstukken II 2007/08, 31 579, nr. 3, p. 132. Die mogelijkheid is een extra reden om aan te kunnen nemen dat een ander dan de aanvrager geen belanghebbende is bij de bekendmaking van een van rechtswege gegeven beschikking in de zin van art. 8:55f Awb.

60. Zie ook De Poorter 2010, p. 281: 'Ik neem dan ook aan dat de Afdeling de benadering (...) ook onder de regeling van de *lex silencio positivo* van par. 4.1.3.3 Awb zal volgen.'

61. Jacobs 2010, p. 643-644.



laatst bekendgemaakte besluit dat formele rechtskracht verkrijgt, geldt.<sup>62</sup>

### Bescherming van het algemeen belang

Ter bescherming van het algemeen belang kent zowel de Awb als de Wabo enkele waarborgen. Voor het omgevingsrecht – het belang van de fysieke leefomgeving en de betrokken belangen van derden – kan dan natuurlijk als eerste worden gedacht aan de opgeschorte inwerkingtreding van de van rechtswege verleende omgevingsvergunning op grond van artikel 6.1 lid 4 Wabo.<sup>63</sup> De wetgever heeft echter ook gedacht aan enerzijds het van rechtswege verbinden van voorschriften aan een van rechtswege gegeven beschikking en anderzijds het creëren van een specifieke bevoegdheid tot het wijzigen en intrekken van de van rechtswege gegeven beschikking.

Het gevolg van artikel 4:20e Awb is dat aan de van rechtswege gegeven beschikking – van rechtswege – die voorschriften zijn verbonden die krachtens (een bekendgemaakte) beleidsregel of wettelijk voorschrift steeds aan een dergelijke beschikking verbonden moeten worden. ‘Gedacht kan worden aan het voorschrift dat tijdens het broedseizoen niet mag worden gekapt.’<sup>64</sup> Hoewel het algemeen belang daardoor beschermd kan worden, lijkt het ook een bijdrage te leveren aan de onzekerheid van de aanvrager over zijn rechten en plichten.<sup>65</sup> Hoewel die verplichting niet expliciet is neergelegd in de Awb, lijkt te kunnen worden vastgesteld dat bij de bekendmaking van een van rechtswege gegeven beschikking tevens de voorschriften worden vermeld die daaraan van rechtswege zijn verbonden op grond van artikel 4:20e Awb. Dat die bepaling ook overigens tot de nodige complicaties kan leiden, toont De Kam in haar recente uiteenzetting.<sup>66</sup> Zo moet waarschijnlijk worden aangenomen dat een beleidsregel of wettelijk voorschrift dat enige beleidsvrijheid toekent aan het bevoegde bestuursorgaan om een voorschrift aan een bepaalde beschikking te verbinden, niet onder het bereik van artikel 4:20e Awb valt, omdat dat voorschrift niet steeds aan de beschikking wordt verbonden.

Artikel 4:20f Awb biedt het bestuursorgaan de bevoegdheid aan de van rechtswege verleende vergunning alsnog voorschriften te verbinden voor zover dat nodig is om ernstige gevolgen voor het algemeen belang te voorkomen. Ook kan de beschikking worden ingetrokken. Deze bepaling geeft uitdrukking aan de zorgvuldige invoering en toepassing van de *lex silencio positivo* in het bestuursrecht en geldt als correctiemiddel om ernstige gevolgen voor het algemeen belang te voorkomen.<sup>67</sup> De

term algemeen belang heeft een eigenstandige, nationale betekenis en heeft weliswaar enige relatie met het begrip dwingende redenen van openbaar belang uit de Dienstenrichtlijn, maar is daartoe zeker niet beperkt. De verwachting is overigens dat van deze bevoegdheid weinig gebruik zal worden gemaakt.<sup>68</sup> Relevant is dat dit correctiemiddel vanwege het belang van de rechtszekerheid van de aanvrager in de tijd is beperkt. Een bestuursorgaan dient over te gaan tot het alsnog stellen van de voorschriften of tot het intrekken van de beschikking binnen zes weken *na de bekendmaking*. De hier besproken bevoegdheid laat de eventuele los daarvan bestaande bevoegdheid tot het intrekken van de vergunning onverlet. Enkel de in artikel 4:20f Awb verleende bevoegdheid om de beschikking op grond van ernstige gevolgen voor het algemeen belang te wijzigen of in te trekken is in de tijd beperkt. Eventuele schade die de aanvrager lijdt als gevolg van de intrekking of wijziging dient door het bestuursorgaan te worden vergoed op grond van artikel 4:20f lid 3 Awb.

Artikel 3.9 lid 3 Wabo bepaalt dat artikel 4:20f Awb niet van toepassing is. De regering beredeneert deze uitzondering door te stellen dat de Wabo een specifieke regeling kent voor het wijzigen en intrekken van de van rechtswege verleende omgevingsvergunning en dat artikel 4:20f Awb daarnaast overbodig is.<sup>69</sup> Zo bepaalt artikel 2.31 lid 1 onder c Wabo dat de aan een van rechtswege gegeven omgevingsvergunning verbonden voorschriften verplicht moeten worden gewijzigd – of alsnog aan die vergunning moeten worden verbonden – indien dat noodzakelijk is om ernstige nadelige gevolgen voor de fysieke leefomgeving te voorkomen of, als dat niet mogelijk is, te beperken. Wanneer die verplichting redelijkerwijs geen oplossing biedt, geldt op grond van artikel 2.33 lid 1 onder e Wabo de verplichting om de omgevingsvergunning in te trekken. Het moet dan wel gaan om een vergunning voor een activiteit die *ontoelaatbare* ernstige nadelige gevolgen voor de fysieke leefomgeving heeft. Gelet op de activiteiten die onder de Wabo van rechtswege kunnen worden vergund, is de Tweede Kamer door de regering voor beide verplichtingen steeds voorgehouden dat deze slechts in uitzonderlijke situaties moeten worden toegepast.<sup>70</sup> Er bestaan overigens wel degelijk verschillen tussen beide regelingen, waardoor de redenering van de regering om artikel 4:20f Awb geheel uit te zonderen toch niet geheel sluitend is. Enerzijds lijkt de regeling in de Wabo het algemeen belang beter te beschermen omdat het daar om een verplichting gaat en er bovendien geen termijn van zes weken geldt waarbinnen de intrekking of wijziging zou moeten plaatsvinden. Anderzijds is de verplichting in de Wabo louter gericht op de bescherming van de fysieke leefomgeving tegen ernstige nadelige gevolgen, terwijl de bevoegdheid om te wijzigen of in te trekken in de Awb een ruimer toepassingsbereik heeft, omdat die is gericht op het voorkomen van ernstige gevolgen voor

62. In deze visie wordt het belang van degene die vertrouwt op de van rechtswege gegeven maar nog niet bekendgemaakte beschikking beschermd, hoewel hij wellicht meer rechtszekerheid zou ontfanen aan een reële positieve beslissing. Jurisprudentie op dit punt is ons niet bekend.

63. De opschorting vindt pas plaats na bekendmaking op grond van art. 4:20c Awb.

64. Kamerstukken II 2008/09, 31 953, nr. 3, p. 12.

65. Vgl. Knook 2010, p. 149.

66. De Kam 2010, p. 107.

67. Kamerstukken I 2008/09, 31 579, C, p. 17.

68. Kamerstukken II 2007/08, 31 579, nr. 3, p. 133.

69. Kamerstukken II 2008/09, 31 953, nr. 3, p. 53-54.

70. Zie Kamerstukken II 2006/07, 30 844, nr. 3, p. 117-118 en nr. 8, p. 10.

het algemeen belang. Ook tussen de regelingen aangaande de schadevergoeding bestaan tekstuele verschillen. De Awb regelt dat de schade vanwege de wijziging of intrekking wordt vergoed door het bestuursorgaan, terwijl de Wabo in artikel 4.2 een regeling geeft waarin vergoeding van de schade – op verzoek of ambtshalve – enkel aan de orde is indien daarin niet op andere wijze is of kan worden voorzien en de schade redelijkerwijs niet of niet geheel voor rekening van de aanvrager behoort te blijven.<sup>71</sup> Wij zouden echter menen dat het verschil voor de aanvrager niet relevant is of zou moeten zijn als het gaat om zijn recht op schadevergoeding in de situatie waarover wij hier schrijven.

## 5 Conclusie

De implementatie van de Europese Dienstenrichtlijn in de Nederlandse rechtsorde en de wens van regering en Tweede Kamer om op te treden tegen niet tijdig beslissende bestuursorganen hebben ertoe geleid dat het algemene bestuursrecht in de Awb is uitgebreid met een facultatieve regeling voor de *lex silencio positivo*. Mits die regeling van toepassing is, zal een aangevraagde beschikking van rechtswege gegeven zijn indien niet binnen de beslistermijn een besluit op de aanvraag wordt bekendgemaakt. De Dienstenwet regelt dat die regeling in beginsel van toepassing is op de vergunningstelsels die vallen onder de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn. Voor het omgevingsrecht is in elk geval relevant dat de vergunning die wordt voorbereid met afdeling 3.4 Awb is uitgezonderd van die hoofdregel. De complexiteit van de regeling van de *lex silencio positivo* geldt niet alleen de regelgeving en de uitwerking daarvan voor de van rechtswege gegeven beschikking op zich (beslistermijn, inwerkingtreding, bekendmaking, voorschriften van rechtswege, wijzigen en intrekken), maar ook de bijzondere situaties die kunnen ontstaan als het bestuursorgaan na het ontstaan van het besluit van rechtswege alsnog een reële beslissing neemt op de aanvraag. Hoewel over die besluiten en de noodzaak om daar al dan niet tegen te procederen in het verleden onduidelijkheid heeft geheerst, lijkt nu helder dat het bestuursorgaan onbevoegd is een dergelijk besluit te nemen en dat – indien daartegen bij de bestuursrechter wordt geprocedeerd – het alsnog genomen en bekendgemaakte reële besluit moet worden vernietigd. Het reële besluit is derhalve niet van rechtswege nietig, maar enkel vernietigbaar. Dat heeft als consequentie dat het reële besluit formele rechtskracht verkrijgt als daartegen geen rechtsmiddel wordt aangewend en het in de plaats treedt van het van rechtswege gegeven besluit. Mocht de van rechtswege gegeven beschikking worden bekendgemaakt op een later moment dan dat het reële besluit is

bekendgemaakt, treedt naar ons oordeel de van rechtswege gegeven beschikking juist in de plaats van het reële besluit.

De door de wetgever gevonden balans tussen rechtszekerheid voor zowel de aanvrager als eventuele derden en het voorkomen van ernstige gevolgen voor het algemeen belang of de fysieke leefomgeving heeft geleid tot een complex geheel van – strikt genomen – louter formele regels. Gelet op de doelstelling van de Dienstenrichtlijn en de complexiteit van de (toepassing van de) regels is te hopen dat het beoogde doel van de invoering van de *lex silencio positivo* wordt bereikt: bestuursorganen beslissen tijdig op aanvragen van burgers.<sup>72</sup>

71. Het mogelijke recht op schadevergoeding is wel expliciet erkend, zie Kamerstukken II 2006/07, 30 844, nr. 3, p. 118 en nr. 41, p. 33. Zie ook N.S.J. Koeman, A.G.A. Nijmeijer & R. Uyenburg (red.), *Wet algemene bepalingen omgevingsrecht* (tekst & commentaar), Deventer: Kluwer 2010, p. 84-85.

72. Een korte zoektocht leverde geen (gepubliceerde) jurisprudentie op over toepassing van afdeling 4.1.3.3 Awb of art. 3.9 Wabo.